führen könnte, daß durch Tod oder andere Zufälle gerade die Gewählten an der Eidesleistung verhindert würden. Da nun aber der Eid eines einzigen genügt und wenn dieser Eid geleistet ist, eine weitere Eidesleistung von einem der Streitgenossen nicht nur überflüssig, sondern auch der Heiligkeit des Eides entgegen wäre [59]) und zur Nichtachtung dieses Beweismittels führen würde, so darf die Antragung oder die Zuerkennung des Eides an die sämmtlichen zum Eide geeigneten Streitgenossen nur in der Art geschehen, daß nur einer derselben zu schwören habe. Ueber die Frage, ob dieser oder jener der Schwurmänner zuerst an die Reihe zu kommen habe, wird ein Streit nicht zulässig sein, denn sobald entschieden ist, wer zu schwören habe, ist die Tüchtigkeit hiezu ebenfalls entschieden, und der Gegner hat kein Recht, eine zweite Entscheidung über mehr oder weniger Tüchtigkeit zu verlangen.

(Fortsetzung folgt).

V.

Ist bei der Geltendmachung eines dinglichen Rechtes zur Substantiirung des Anspruchs die Angabe des Erwerbsgrundes in der Klagschrift erforderlich?

Von Herrn Dr. **Paul Hinschius**,
Professor in Halle.

Die Kontroverse über die in der Ueberschrift aufgestellte Frage ist in der Theorie noch immer nicht zu einem definitiven Abschluß gelangt. Zwar wird die bejahende Meinung nicht nur von dem größten Theile der Prozessualisten (vgl. z. B. v. Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen. Th. I. S. 98 ff. Martin, Vorlesungen, Bd. 2, S. 122, Bayer, Civilprozeß. 8. Aufl. S. 530 ff.), sondern auch von einer An-

---

59) — Non ea (iuratione) utatur, nisi necessitas cogat. Can 5. causa XXII. qu. 1.

zahl oberster Gerichtshöfe (zu Dresden, Kiel, Jena, Wolfenbüttel, Rostock; vergl. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nr. 362, Bd. 6, Nr. 148, 260, Bd. 12 Nr. 88) vertreten, indessen ist der Widerspruch einzelner Rechtslehrer (wie z. B. Puchtas [1]) und Brackenhöfts [2]) nicht völlig und genügend widerlegt und ferner haben die Begründer der überwiegenden Meinung, zu deren Anhängern ich mich selbst zähle, wie mir scheint, das Richtige und Entscheidende mehr gefühlt, als ausgesprochen. Der Hauptgrund für die herrschende Theorie, daß der Beklagte der ihm nach J. R. A. §§. 34, 37, 41 obliegenden Verpflichtung, sich unter Anbringung sämmtlicher Einreden auf die Klage zu erklären, nicht genügen könne, wenn der Erwerbsgrund des dinglichen Rechtes in der Klage nicht angegeben sei (vgl. Bayer und Martin, a. a. O., Seuffert, Archiv, Bd. 6 S. 372) ist schief [3]) und bleibt zu sehr auf der Oberfläche; namentlich war er nicht geeignet, die aus den römischen Quellen hergeleiteten Argumente Puchtas, die schwerfällige und durch die Sucht nach einer künstlichen Terminologie getrübte Begründung Brackenhöfts und die von beiden beliebte Hereinziehung der Frage nach der Wirkung der res iudicata völlig von der Hand zu weisen.

Es wird daher lohnen, eine andere Begründung für die bisherige Ansicht zu versuchen, um dieselbe vor jeder Anfechtung sicher zu stellen. Das Hauptargument besteht meines Erachtens darin, daß die Struktur und die Oekonomie unseres heutigen gemeinen Prozesses die Angabe des Erwerbsgrundes in der Klagschrift gebieterisch fordern. [4]) Die Stellen des römischen und des kanonischen Rechtes, welche das Gegentheil aussprechen, setzen einen anderen Bau des Prozesses voraus

---

1) Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Jahrgg. II. S. 266 ff.

2) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Erste Folge. Bd. 11 S. 256 ff. Dieselbe Ansicht vertritt auch Heffter, Rheinisches Museum. Jahrgg. III. S. 237.

3) Vergl. Planck, Beweisurtheil. S. 259.

4) Hervorgehoben ist dieser Gesichtspunkt schon von Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß. Thl. II S. 199 und Planck, a. a. O. S. 258.

und das Verfahren bei den Römern wie das spätere römisch-kanonische Verfahren weist diejenigen Funktionen, welche unsere heutige Klageschrift zu erfüllen hat, anderen prozessualischen Akten zu. Zur Gewinnung einer klaren Einsicht darüber erscheint es nöthig, den historischen Verlauf der Entwicklung in Bezug auf den hier in Rede stehenden Punkt zu verfolgen und damit wird zugleich das angedeutete Resultat von selbst gewonnen sein.

Ich beginne mit der Zeit des Formularprozesses. Die regelmäßige Art der Geltendmachung eines dinglichen Rechtes ist die durch die **formula petitoria** und die derselben nachgebildeten Formeln. Die Formel bestimmt, in welchem Umfange, unter welchen Bedingungen und Modalitäten das Klagerecht des Klägers zu einer Condemnation des Gegners führen kann und soll. Sie enthält nur die Angabe und Bezeichnung des beanspruchten dinglichen Rechtes (**si paret, illam rem q. d. a. ex iure quiritium Auli Agerii esse etc. si paret, A° A° ius esse eundi agendi in fundo Corneliano etc.**), über die Art und Weise, wie der dingliche Anspruch entstanden ist, enthält die Formel nichts, und selbst wenn man auf Grund der bestrittenen **l. 11 §§. 1, 2., l. 14 §. 2. D. de re iudic. XLIV. 2** die Angabe des Erwerbsgrundes in der Formel für zulässig hält, so würde doch auch in einer solchen Formel noch nicht eine Substantiirung des geltend gemachten Anspruches in unserm Sinne gelegen haben, d. h. eine Angabe sämmtlicher das eingeklagte dingliche Recht begründenden Thatsachen. [5]) Es fragt sich aber, war eine solche nähere Darlegung nicht auch im römischen Prozesse der klassischen Zeit geboten und in welchem Stadium des Verfahrens wurden die darauf bezüglichen Handlungen wahrgenommen?

Was die erste Frage betrifft, so stehe ich nicht an, so dürftig auch unsere Quellen sind, dieselbe zu bejahen. Die

5) Dasselbe würde von der Verfolgung dinglicher Rechte durch das Verfahren **per sponsionem** gelten. Ueber die Möglichkeit auf diese Weise und beim Verfahren **per legis actionem** unter Angabe des Erwerbsgrundes zu klagen, vgl. Puchta, a. a. O. S. 261 ff.

ganze Gestaltung des römischen Prozesses weist darauf hin. Der Richter hat im römischen Prozeß, wie im heutigen, zu prüfen, ob die thatsächlichen Voraussetzungen, welche das von der Partei behauptete Recht bedingen, vorhanden sind. Könnte darüber noch Zweifel obwalten, so wird dieser durch die Grundsätze des röm. Prozesses über die Beweislast widerlegt, die einzelnen Thatsachen und zwar diejenigen, welche von Relevanz waren, mußten bewiesen[6]) und deßhalb auch immer angeführt werden. Daß die diesfälligen Verhandlungen nicht vor dem Prätor in iure, sondern in iudicio vor dem Privatrichter geführt worden sind, ist ebenfalls sicher (vgl. Keller röm. Civilprozeß §§. 13, 66). Behauptete der Kläger, um auf den hier in Rede stehenden Fall näher einzugehen, Eigenthum an einer streitigen Sache und waren die Parteien mit der formula petitoria an den Judex verwiesen worden, so konnte dieser gar nicht anders entscheiden, als wenn ein Erwerbsgrund für das Eigenthum behauptet und ein Beweis über die diesen Erwerbsgrund bildenden Thatsachen geführt wurde. Wenn in diesem Fall, wie es gewöhnlich zu geschehen pflegte, nicht expressa causa vindicirt wurde, die formula also ohne einen darauf bezüglichen Zusatz gegeben war, so hatte der Kläger das Recht in iudicio unter den verschiedenen möglichen Entstehungsarten diejenige geltend zu machen, welche er wollte, denn, wie Paulus in l. 14. §. 2 cit. sagt, „cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur“, d. h. weil das Eigenthum, es mag nun entstanden sein, wie es will, immer dasselbe Recht, sein Inhalt immer derselbe bleibt, die formula nur aber auf das Eigenthum gerichtet ist, so können auch alle möglichen Begründungsarten desselben in iudicio angeführt werden. Insoweit stimme ich mit Puchta, a. a. O. überein. Die Konsequenzen, welche er aber weiter zieht, kann ich als richtig

6) Vergl. z. B. l. 23. D. de probat. (XXII. 3): „Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore aut ad eum cuius voluntate hypotheca data est.“

nicht anerkennen. Er sagt S. 265: „Wer die **rei vindicatio** anstellt, faßt in dieser Petition nothwendig alle Erwerbsgründe des Eigenthums zusammen, denn der Grund der Klage ist nicht diese oder jene Erwerbsart, sondern das Eigenthum, und dieses ist dasselbe, es mag auf diese oder jene das Eigenthum oder die in Rede stehende Art desselben hervorbringende Weise erworben worden sein. Darum hat auch der Richter in seiner Sentenz nicht zu entscheiden, ob der Kläger Eigenthümer auf gewisse Art geworden sei oder nicht, sondern schlechtweg, ob er Eigenthümer sei oder nicht," und S. 267 meint er: „Jener auf eine Erwerbsart beschränkte Prozeß... würde in der That kein Eigenthumsprozeß, die Klage keine Eigenthumsklage genannt werden können. Sie würde sich nämlich nicht mehr auf das Eigenthum gründen, vielmehr wäre die **causa remota** (die Erwerbung des Eigenthums) zur **causa proxima** geworden, und wir hätten somit eine Klage, deren Grund eine einzelne beliebige Erwerbsart wäre." Hier liegt offenbar eine Verwechselung zu Grunde. Betrachtet man die Sache rein vom Standpunkte des materiellen Rechtes, so liegt es auf der Hand, daß derjenige, welcher Eigenthümer einer Sache ist, das Eigenthum erworben haben muß und dies kann für eine bestimmte Person immer nur auf Grund einer einzigen der möglichen Erwerbsarten geschehen sein, „**neque enim**", wie es in der angeführten Stelle des Paulus heißt, „**amplius quam semel res mea esse potest.**" Wer schon durch Okkupation das Eigenthum erworben hat, kann es nicht mehr in Folge eines derivativen Titels und hinzukommender Tradition erlangen und wer auf Grund dieser Umstände Eigenthümer geworden ist, kann das Eigenthum nicht mehr ersitzen. Während so materiell für das Eigenthum immer nur ein einziger Erwerbsgrund für eine bestimmte Person in Frage kommen kann, stellt sich die Sache für das prozessualische Gebiet anders. Hier kann zwar der klagende Eigenthümer den einzigen, materiell vorhandenen Erwerbsgrund allein angeben und beweisen, er kann aber auch daneben noch andere behaupten, ja sich vielleicht gar nicht auf den wirklich materiell vorhandenen beziehen. Dies ist deßhalb möglich und zulässig, weil, wenn es einmal zur prozessualischen

Geltendmachung des Rechtes gekommen ist, nur der Grund, welcher erwiesen worden ist, als vorhanden angenommen werden kann. Es hat also die Aufstellung mehrere Erwerbsgründe immer nur eine eventuelle Bedeutung und der Richter wird — und insoweit bleibt der für das Gebiet des materiellen Rechtes geltende Grundsatz wieder in Kraft — nur immer aus einem einzigen Grunde ihm das Eigenthum zusprechen können, denn das Gelingen des Beweises mehrerer Erwerbsgründe nebeneinander ist deßhalb unmöglich, weil sie überhaupt nicht vorkommen können. Bei der prozessualischen Verhandlung der rei vindicatio läßt sich also das Eigenthum nie von dem Erwerbsgrunde loslösen, der Erwerbsgrund muß immer geltend gemacht werden und wenn Kläger in iudicio nur einen einzigen Erwerbsgrund angeführt und den Beweis erbracht hat, so ist nicht abzusehen, weßhalb, wie Puchta will, keine rei vindicatio vorliegen soll. Im Gegentheil wird der Judex nicht blos darüber entscheiden, ob der Kläger Eigenthümer ist oder nicht, sondern er wird auch über die Vorfrage mit abzuurtheilen haben, ob der Kläger das Eigenthum auf die von ihm angegebene Art erworben hat, denn ohne Erledigung dieser Frage ist ihm die Fällung einer Sentenz über die in der formula in Betreff des Eigenthums gestellte Frage nicht möglich. Nur soviel ist richtig — und das ist es, was Puchta zu falschen Konsequenzen verleitet hat — daß die Sentenz des Richters sich formell nur darüber ausläßt, ob Kläger Eigenthum hat oder nicht, und daß wenn derselbe abgewiesen ist, die Rechtskraft der Sentenz ihm insoweit entgegensteht, als er nicht eine später neu entstandene causa geltend machen kann. Die Frage nach der Rechtskraft und die nach der Substantiirung des Anspruches sind aber wesentlich verschieden und stehen in keinem inneren Zusammenhange mit einander. Abgesehen davon erklärt sich diese Tragweite der res iudicata nicht blos aus dem formellen Grunde, daß bei der Geltendmachung des Eigenthums per formulam petitoriam die Frage: si paret, rem Auli Agerii esse ex iure quiritium in das iudicium deducirt ist, und also die pronuntiatio des iudex sich nur hierauf zu erstrecken hatte, sondern

auch daraus, daß weil omnes causae una petitione adprehenduntur, anzunehmen ist, daß derjenige, welcher seinen Eigenthumsbeweis auf mehrere eventuell nebeneinander hervorzuhebende Gründe stützen kann, dies auch thun wird, daß derjenige aber, welcher nur einen solchen anführt, keinen andern geltend zu machen im Stande ist oder sich die Folgen einer ungeschickten Prozeßführung selbst zuzuschreiben hat.

Als Resultat für den römischen Prozeß der klassischen Zeit dürfte demnach hinzustellen sein, daß der Kläger zwar nicht in iure, wo es sich wesentlich um die Feststellung der rechtlichen Momente des Streites handelt, wohl aber in iudicio die die Entstehung des Eigenthums bedingenden Thatsachen anzugeben hatte: [7]) das, was wir heute Substantiirung der Klage nennen, erfolgte also bei den Römern vor dem Judex und zwar wohl häufig gleichzeitig mit dem Beweise, da das Beweisverfahren keine fest abgegränzte Stellung hat. Nach Aufhebung des ordo iudiciorum privatorum wird der Prozeß vor ein und demselben Magistrat verhandelt. Die Einleitung geschieht durch einen vom Kläger dem Richter zu übergebenden libellus conventionis, welcher vom Gericht dem Beklagten unter Vorladung desselben mitgetheilt wird. Dieser in Justinianeischer Zeit vorkommende Klaglibell enthält weder äußerlich dasselbe, noch erfüllt er dieselben prozessualischen Funktionen, wie unsere heutige Klageschrift, [8]) denn in demselben wird das vom Kläger beanspruchte Verlangen nur in soweit bezeichnet, daß der Beklagte in den Stand gesetzt wird, sich darüber zu entscheiden, ob er es auf den Prozeß ankommen lassen will oder nicht. Eine vollständige Darstellung der das klägerische Recht begründenden Thatsachen zu geben, ist nicht der Zweck des Libells. [9]) Erscheint der Beklagte in dem angesetzten Termin, so erfolgt nun, wenn er nicht nachgeben will, die litis contestatio. Ihre frühere Bedeutung, als Schlußact

7) Vgl. auch Brackenhöft, a. a. O. S. 205.

8) Goldschmidt, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Civilprozeß. Frankfurt a. M. 1818. S. 2.

9) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Röm. Reichts. S. 254.

der Instruktion vor dem Prätor, ist jetzt fortgefallen, materiell hat sie aber ihre frühere Bedeutung als desjenigen Prozeßactes, welcher die Absicht der Partei zu streiten feststellt, behalten.[10]) Ob sie aber stillschweigend geschehen konnte durch den ersten Akt der Verhandlung (die erste cognitio), nur vorausgesetzt, daß aus den Erklärungen der Parteien die Nothwendigkeit des Prozesses hervorging, wie Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 261, annimmt, oder ob ehe auf die Verhandlung im einzelnen eingegangen wurde, nicht vorher eine generelle Erklärung der Parteien, es auf einen Prozeß ankommen lassen zu wollen, d. h. die Wiederholung des klägerischen Verlangens und ein einfacher Widerspruch seitens des Beklagten erfolgen mußte, wie Wetzell, a. a. O. S. 78 meint, das läßt sich zwar nicht mit Sicherheit entscheiden,[11]) indessen scheint die letzte Ansicht mehr auf Billigung Anspruch zu haben, denn bei der Annahme von Bethmannn-Hollweg fehlt jede feste Stelle für den nach der litis contestatio von den Parteien und ihren Rechtsbeiständen abzuleistenden Kalumnieneid, und ferner läßt sich die Vorschrift der Nov. 60. c. 2. §. 1. nicht mit der Auffassung Bethmann-Hollwegs vereinigen, denn in derselben wird die Vornahme der litis contestatio vor den assessores der

---

10) Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. (1. Aufl.) S. 77.

11) Es kommen folgende Stellen in Betracht. L. un. C. de L. C. III. 9: „Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit." L 14. §. 1. C. de iud. III. 1: „Patroni autem causarum qui utrique parti suum praestantes auxilium ingrediuntur, quum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam in qualicumque iudicio..... iuramentum praestent" etc. L 2. C. de iureiur. propt calumn II. 59: „... in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant iusiurandum."

Magistrate verboten.[12]) Hiernach dürfte der in den vorhin citirten Stellen vorkommende Ausdruck: „narratio" nicht als die Darlegung der gesammten thatsächlichen Umstände des Streites, sondern als eine der Angaben des Libells im wesentlichen entsprechende Wiederholung des vom Kläger an den Beklagten gestellten Verlangens aufzufassen sein.[13]) Immerhin ergibt sich aber für den Prozeß der späteren Kaiserzeit das Resultat, daß die Angabe der den geltend gemachten Anspruch begründenden Thatsachen nicht wie heute in den Anfang des Verfahrens fiel, sondern auch hier noch wie früher nach der l. c. in den ohne bestimmte nähere Ordnung vorkommenden cognitiones, d. h. in einer Reihe einzelner Instruktionstermine stattfand. Bei dinglichen Klagen geschah also auch noch wie im Formularproceß die Anführung und die Darlegung des Erwerbsgrundes nach der l. c.

Das unter Einwirkung des kanonischen Rechtes aus-

---

12) „Sancimus igitur, ut litis contestationes omnimodo apud ipsos magistratus fiant, sive maiores sive minores sint; sed et in medio quoque litis causa apud ipsos omnino introducatur, ut illi sciant quae antea acta sint."

13) Brackenhöft, a. a. O. S. 203, 204 meint, daß die litiscontestatio erfolgt sei durch die Aufstellung des juristischen Faktums der Klage und Einreden, sowie durch die Erklärung beider Theile darauf und daß auf diese l. c. der Vortrag der den aufgestellten juristischen Thatsachen in concreto zum Grunde liegenden natürlichen Thatsachen, die Erörterung ihrer Relevanz für jene, und die Beweisführung gefolgt sei. Was hierunter gemeint ist, ergibt sich aus folgender Stelle S. 176 a. a. O. „Am juristischen Faktum kann man im concreten Falle unterscheiden: 1) die Thatsachen, welche dem juristischen Faktum die Existenz gegeben oder dasselbe gebildet haben, abgesehen von ihrer rechtlichen Qualification betrachtet, welche man zur Unterscheidung als natürliche Thatsachen bezeichnen kann; 2) das juristische Faktum selber, d. h. die sub. 1 genannten Thatsachen mit Berücksichtigung ihrer durch die Subsumtion unter einen Rechtssatz gefundenen rechtlichen Qualifikation oder mit andern Worten der juristische Begriff der natürlichen Thatsachen; 3) den Rechtssatz, unter welchen die natürlichen Thatsachen subsumirt werden und so das juristische Faktum ergeben oder mit andern Worten den Begriff des juristischen Faktums in abstracto." Diese nur durch die gedachte künstliche Terminologie getragene Ansicht kann als durch die Quellen nicht begründet, auf sich beruhen bleiben.

gebildete Verfahren zeigt das Bestreben, den Prozeß in bestimmte fest abgegränzte Abschnitte zu zerlegen; im Anschluß an die römischen Rechtsquellen nahm man zwei solcher Abschnitte an, welche durch die litis contestatio geschieden wurden. Letztere ist jetzt eine ausdrückliche, für die Gültigkeit des Prozesses absolut nothwendige, bei Vermeidung der Nichtigkeit vorzunehmende Erklärung beider Theile geworden, dahin gehend, daß der Kläger seinen Anspruch an den Beklagten geltend macht und der Beklagte ausdrückliche darauf seinen Widerspruch erhebt, sowie seine Absicht zu erkennen giebt, es auf den Prozeß ankommen lassen zu wollen. „Quum .... per petitionem in iure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat“ heißt es in c. un. X. de lit. cont. II. 5. und c. 54. §. 3. X. de elect. I. 6. und Gratia, summa de ordine iudiciario. P. II. tit. 1. §§. 2. 3. (ed. Bergmann. p. 357. 358) beschreibt den Act folgendermaßen: „Visis igitur a reo omnibus his et consideratis quae in libello debent considerari, actor reiteret petitionem suam in hunc modum: „peto litem contestando quae in meo libello continentur.“ Tunc debet iudex dicere reo quod respondeat .... Si vero reus non possit actorem reconvenire vel etiam nolit, respondeat petitioni actoris sub hac forma: „litem contestando nego in libello posita,“ vel „nescio“ vel „non credo me teneri ad praedicta.“[14]) Während die mittelalterliche Doctrin die gesammten Verhandlungen, welche der l. c. folgten, unter der Bezeichnung iudicium begriff, nannte man den vorangehenden Theil praeparatoria iudicii. In den letzteren gehört die Anbringung des bei der l. c. in Bezug genommenen Klaglibells und die Verhandlung über die Pflicht des Beklagten zu antworten, also über die dilatorischen und auch gewisse peremtorische Einreden.[15])

Unter diesen Verhandlungen interessirt hier allein der Klaglibell.

---

14) Vgl. auch Durantis specul. lib. II. particula II. §. 2. Nr. 2. (ed. Francof. 1612 pr. 211), ferner Planck, Beweisurtheil S. 141, Briegleb, summar. Prozesse. S. 36. 37.

15) Planck, a. a. O. S. 139 ff.

Derselbe wird entweder gleich bei dem Antrag, welcher behufs Citation des Beklagten an den Richter seitens des Klägers ergeht, mit übergeben oder er wird erst in dem Termine, wo der Beklagte erscheint, überreicht. [16]) Ueber die Einreichung des Libells geben die mittelalterlichen Prozessualisten hinreichende Auskunft und aus denselben ist ersichtlich, daß der kanonische libellus conventionalis ebenfalls von unserer heutigen Klagschrift verschieden ist. Der Libell soll die Namen der Parteien, des Richters und eine genaue Bezeichnung der geforderten Sachen enthalten. Die Angabe des Rechtsgrundes ist bei persönlichen Klagen ebenfalls nöthig. Veranschaulicht wird dies durch folgendes Beispiel: „Vobis, talibus iudicibus, conqueror ego Titius de Seio, qui debet mihi decem libras talis monetae, quas sibi mutuavi." Bei dinglichen Klagen wird nach der übereinstimmenden Lehre der Prozessualisten die Anführung des Erwerbsgrundes des dinglichen Rechtes nicht für erforderlich gehalten. Der eben angeführte Tancred, dessen Ausführung hier statt vieler stehen mag, bemerkt (P. II. tit. 13. §. 1. ed. Bergm. pag. 169): „Cum autem quis reali actione debet agere, sic concipiat libellum: „Vobis, talibus, iudicibus, conqueror ego Titius de Seio, qui detinet fundum meum positum in curticella in loco tali, intra hos fines, ab oriente possidet talis, a meridie talis etc. unde peto fundum ipsum et fructus ex eo a decem annis retro perceptos"..... Sed num quid debebit exprimere causam; propter quam dicit suum, puta: „fundum, quem emi a tali" vel qui mihi donatus fuit et a Seio traditus?" Et quidam dicunt, quod sic per legem Dig. de except. rei iudic. 44, 2. l si mater. 11. § si autem 2. Aliter tamen se habet veritas, ut in eadem l. § eandem causam. 4. 5. in fin. et l. et an eadem. 14. § actione 2. [17])

---

16) Tancredi ordo iudiciarius. P. II. tit. 2. ed. Bergmann, p. 131. Vgl. auch Goldschmidt, Abhandlungen. S. 3.

17) Außer c. 3 in VI[to] de sent. et re iudic. II. 14, vergl. ferner Damasi summa de ord. iudic. tit. 2 (ed. Wunderlich p. 50), Bonaguidae summa introductoria de officio advocati tit. 17 (ed. Wunderlich. p. 210). Durant l. c. lib. IV. part. II. § 4 (p. 142). Als

Wie im römischen Prozeß mußte aber dem Richter, welcher über das Vorhandensein des dinglichen Rechtes entscheiden sollte, der Erwerbsgrund angeführt werden, denn sonst wäre ja eine Entscheidung des Richters nicht möglich gewesen. Diese Substantiirung des Anspruches erfolgte in dem s. g. iudicium und die unter germanischen Rechtseinflüssen stehende Tendenz des kanonischen Prozesses die einzelnen Parteihandlungen fester zu gestalten zeigt sich darin, daß nicht mehr wie im römischen Prozeß die Anführungen der Parteien ohne jede bestimmte Form geschehen, sondern daß diese Anführungen mit dem aus dem Römischen Prozeß herübergenommenen Calumnieneid in Beziehung gesetzt und in Form der s. g. Positionen geltend gemacht werden. Nach der l. c. wird nämlich in allen Prozessen von beiden Theilen das iuramentum calumniae und zwar in ausgedehnterer Fassung als im Römischen Prozeß [18]) oder das iuramentum de veritate dicenda [19]) geleistet. Nach Ausschwörung dieser Eide beginnt die Verhandlung über den vom Kläger erhobenen Anspruch mit dem s. g. Positionsverfahren, d. h. der Kläger führt unter Bezugnahme auf die ihm durch

---

Beleg dafür, daß die Gerichtspraxis diesen Ansichten folgte, diene der nachstehende Klagelibell v. 1240 (Tiraboschi, storia dell augusta badia di S. Silvestro di Nonantula. Modena 1785. p. 374): „Peto ego Bonus .... syndicus monasterii S. Silvestri .... a syndico plebis S. Johannis in Perseceto nomine eiusdem plebis, ut dimittat ac restituat monasterio supradicto omnes possessiones quas detinuit Martinus filius quondam Masclare positus in curte Taivali et S. Johannis in Perseceto, quas possessiones dico ad dictum monasterium pertinere iure dominii vel quasi et peto a syndico plebis fructus receptos de dictis possessionibus ab VIII. annis retro."

18) Vgl. l. 2. C. de iureiur. propt. calum. II. 59 und die dazu gehörigen, der nov. 49 c. 3 und nov. 124 c 1 entnommenen Authentiken mit Tancredi ordo iudic. P. III. lit. 2. § 5 und Pillii summa de ord. iudic. P. III. § 1.

19) Vgl. darüber Zimmermann, der Glaubenseid. Marburg und Leipzig 1863. S. 174 ff. S. 200 und meine Schrift: Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation. S. 48. Ueber die Natur dieses Eides herrschen noch vielfach falsche Vorstellungen, so ist die Erklärung desselben bei Briegleb, summar. Prozesse, S. 39 und bei Wetzell a. a. O. S. 192 nicht richtig.

Ableistung des Calumnien- oder Veritätseides auferlegte Verpflichtung die einzelnen, sein Recht begründenden Thatsachen an, indem er jede einzelne Thatsache in einem besondern mit „pono" (scil. sub. iuramento calumniae) beginnenden Satz vorbringt. Auf die noch nicht genügend aufgeklärte Entstehungsgeschichte dieses Institutes hier einzugehen, liegt außerhalb des Zweckes dieser Arbeit [20], es genügt hier darauf hinzuweisen, daß der Gebrauch dieser Positionen, soweit bisher ermittelt, durch die Praxis eingeführt worden ist, und daß sie im Mittelalter sowohl bei den geistlichen Gerichten als weltlichen Gerichten [21]) Italiens seit dem 13. Jahrhundert vorkommen.

Bei den Prozessualisten des Mittelalters, bei welchen uns seit Tancred eine ausführliche Theorie der Positionen begegnet (s. Zimmermann, a. a. O. S. 167, Note 3), wird oft als Zweck und Funktion der Positionen angegeben, daß sie durch Herbeiführung von Geständnissen die Partei der Beweislast überheben sollen; „confessiones seu positiones fuerunt inventae" (sagt Gratia a. a. O. p. II. lit. 3. § 1. ed Bergm. p. 361): „ut partes relevarentur ab onere probationum, nam facilius fiunt confessiones quam producantur testes" und ähnlich läßt sich Durantis aus: „Formans enim positiones habeat libellum prae oculis et ex ipsius tenore positiones formet et consideret diligenter, quid eum probare oportet. Super omnibus enim quae probare habet, positiones faciat." (lib. II. part. 1. § 5. Nr. 4. ed. cit. p. 231). Die Hervorhebung dieses Zusammenhanges zwischen Beweis und Positionen ist gewiß richtig. Denn da der Beklagte verpflichtet ist, bei Vermeidung der Fiktion eines Einge-

20) Dankenswerthe Mittheilungen darüber finden sich in dem oben angeführten Buch von Zimmermann.

21) Vgl. z. B. c. 54. § 3. (Gregorius IX.) X. de elect. I. 6. c. un. Gregorius IX.) X. de lit. con. II. 5, c. 1. 2. (Bonifacius VIII.) in VI^to de confess. II 9. c. 2. (Gregorius IX.) eod. de test. II. 10; Clem. 2. de Verb. Signif. Den weit verbreiteten Gebrauch bezeugt Durant, lib. II. part. I. § 5. (p. 231): „Sed in curia Romana et quasi ubique, positiones formantur. Praktische Beispiele liefern die Urkunden von 1242. 1247. 1321 bei Ughelli, Italia sacra. ed. II. Venet. 1717 ff. T. V. p. 1266. VII. p. 805. X. p. 83.

ständnisses auf jede einzelne Position zu antworten (c. un. in VIto cit. de confess.), so brauchen die Positionen, auf welche er sich nicht erklärt und welche er einräumt, nicht bewiesen zu werden. Der Kläger gewinnt damit einen sichern Anhaltspunkt dafür, welche einzelnen Thatsachen er noch zu beweisen hat, und überhaupt haben die Positionen den Vortheil, einen status causae et controversiae zu schaffen, auf diese Weise die einzelnen Beweisthemata zu bestimmen und dadurch dem Beweisverfahren, welches allerdings noch keine gesetzlich bestimmte, feste Stellung im kanonischen Prozeß hat, im Vergleich zu dem Verfahren der späteren römischen Zeit mehr Halt zu geben.

Diese Funktion, welche den Prozessualisten zunächst aufstieß, ist aber nicht die einzige, die Positionen haben noch eine andere erfüllt, und diese zweite Funktion ist die wichtigere, da sie die erste bedingt. Wenn diese letztere im Mittelalter minder scharf betont und hervorgehoben worden ist, so liegt dies darin, daß sie uns wegen des Gegensatzes des mittelalterlichen Prozesses zu unserm erst völlig klar werden konnte, während sie den damaligen Prozessualisten, die einen solchen Gegensatz nicht kannten, mehr unbewußt blieb.

Die zweite Funktion der Positionen besteht darin, daß sie die einzelnen das Recht des Klägers begründenden Thatsachen darzulegen haben, der Anspruch des Klägers wird in ihnen substantiirt und sie enthalten die Geschichtserzählung.[22]) Durantis (lib. II. part. II. § 5. Nr. 17 ed. cit. p. 233) drückt dies so aus: „In summa nota, quod positiones sic formandae sunt, ut fundent intentionem ponentis, considerata natura propositae actionis", allerdings wird gleich hinzugefügt: „Si igitur agit de dominio, considera, quae sunt necessaria in probatione eius" und damit wird wieder sofort auf den Zusammenhang zwischen Beweis und wird Positionen hingedeutet, aber immer ist hierdurch die Bedeutung der vorhergehenden Worten nicht beeinträchtigt, denn wenn der Kläger

22) Im Wesentlichen stimmt Zimmermann, a. a. O. mit mir überein. Er sagt: „Ein jeder der Streittheile zerlegt die Behauptung, die zur Begründung seiner jeweiligen Intention (Klage, Einrede u. s. w.) dienen soll, in einzelne Sätze."

sich klar machen soll, was zum Beweise des Eigenthums gehört, so muß er sich auch vergegenwärtigen, welche Thatsachen er zu diesem Behufe behaupten und poniren muß.

Daß die Positionen den Zweck der Substantiirung erfüllen, ergibt sich nicht nur ferner daraus, daß auch über die Exceptionen Positionen aufgestellt werden — und wenn die Exception vor der lit. cont. vorgeschützt wird, kommt es jedoch nur darüber schon gleich zum Positionsverfahren (vgl. Durantis a. a. O. §. 5. Nr. 2. S. 231 — sowie daß die Aufstellung irrelevanter Positionen von den Prozessualisten für unzulässig erklärt wird (vgl. Durantis a. a. O. §. 7. Nr. 4. S. 236), sondern auch aus den von Durantis angegebenen Beispielen. Ich wähle unter diesen den Libell und die Positionen über eine Vindikation, als mit dem Gegenstand dieser Abhandlung im Zusammenhang stehend, aus. Für den Libell gibt er (lib. IV. part. II. § 4. Nr. 5. ed. cit. p. 142) folgendes Formular:

„Coram etc. conqueror de P. qui detinet fundum meum positum in tali loco, cuius confines etc.; quem dico ad me pertinere iure dominii vel quasi: unde peto fundum ipsum et fructus ex eo a X annis citra perceptos, quos facio vel aestimo centum modios vel brevius, unde tam de fundo, quam de fructibus mihi fieri iustitiam peto." Nach seiner weiteren Anweisung hat der Kläger mit Bezug auf diesen Libell folgende Positionen aufzustellen:

„Pono, quod talis vendidit mihi talem rem.
Item, quod eam mihi tradidit.
Item, quod pro ea pretium numeravi.
Item, quod venditor fuit dominus.
Item, quod eam tenes vel possides vel dolo fecisti, quominus possideres.
Item, quod hunc rem emi a T. et eam tenui per triennium, quando est mobilis vel per decem annos, quando est immobilis."

Die Positionen enthalten, wie sich auf diesem Beispiel ergibt, die Substantiirung des dinglichen Anspruches und somit auch die zu diesem Behufe erforderliche Angabe des Erwerbsgrundes. Wie genau man dabei zu Werke ging, zeigt die Po-

sition: quod pro ea pretium numeravi, die offenbar deshalb aufgestellt ist, weil bei dem Kauf das Eigenthum des Verkäufers nicht übergeht, so lange der Käufer den Preis nicht gezahlt oder kreditirt erhalten hat (l. 18. D. de contr. emt. XVIII. 1). Bedenken könnte nur die nicht in sich substantiirte Position: quod venditor fuit dominus erregen. Eine solche Position wurde, wie sich aus Bonaguida ergibt, zugelassen[23]) und der Grund dafür war offenbar der, den Kläger zunächst der Anführung der das Eigenthum seines Auctors begründenden Thatsachen, also der weiteren Substantiirung und des eventuell erforderlichen Beweises zu überheben.

Was im Fall der Verneinung der gedachten Position geschah, darüber bemerkt Bonaguida nichts. Das aus Durantis mitgetheilte Beispiel ergibt aber, daß man dann in der Praxis ebenso wie noch heute, den komplicirten Nachweis des Eigenthums des Auctors und seiner etwaigen Auctoren fallen ließ, und lieber die Entstehung des Eigenthums in Folge von Ersitzung zu beweisen suchte, wie denn in dieser Beziehung

23) Ich lasse die Stelle, welche die im Text aufgeführte Ansicht bestätigt, und ein sehr anschauliches Bild des Verfahrens gibt, hier folgen: „Ponit Titius suo iuramento quod fundus, d. q. a., fuit Maenii et iudex dicet tunc ipsi Titio ponenti: ponis hoc tuo iuramento? Ipse dicet: Sic. Hoc facto, rei advocato repulso sive remoto, quaeret iudex a reo, notificando sibi seriem positionis de verbo ad verbum, ut bene certificetur reus in respondendo, utrum credat hoc, quod ponitur et dicet sic ei: Responde per sacramentum quod fecisti, salva animam tuam, credis hoc? Et si ipse dixerit: Credo vel nego vel confiteor, scribatur eius responsio in actis. Et fiat scriptura sic: Quod Maenius credit: vel quod Maenius non credit. Si confiteatur reus, procedat actor ad aliam positionem sic. Item ponit Titius suo iuramento, quod ipse Maenius vendidit sibi dictum fundum pro pretio decem librarum. Si hoc confitetur procedat ad tertiam positionem sic. Item ponit, quod ipse Maenius vendidit sibi corporalem possessionem dicti fundi. Si confiteatur, procedat ad quartam sic. Item ponit, quod ipse solvit dicto Maenio pro pretio dicti fundi decem libras. Si confiteatur reus, iam actor habet suam intentionem. Probavit enim, se rem emisse a vero domino et ipsam rem sibi traditam et pretium solutum et sic probavit dominium rei ad se pertinere." (Bonaguida l. c. p. IV. tit. 1. ed. cit. p. 308, 309).

die Klage durch die von Durantis aufgestellten Positionen hinreichend substantiirt erscheint.

Das Positionsverfahren ist also im romanisch-kanonischen Prozeß des Mittelalters der Theil der Verhandlungen, in welchem nach der obigen Auseinandersetzung die Angabe des Erwerbsgrundes bei der Geltendmachung eines dinglichen Rechtes geschehen mußte.

Seit Ende des fünfzehnten Jahres kam dieses in Italien auf römischer und kanonischer Grundlage ausgebildete Verfahren auch in Deutschland zur Anwendung. Für die hier in Rede stehenden Verhältnisse mögen statt vieler nur die Zeugnisse Sebastian Brandts und Ulrich Tenglers Platz finden. Bei ersterem lautet der Klaglibell für die rei vindicatio folgendermaßen:

„Herr richter, ich klag an euch von N., wiewol das ist, das die wise alda gelegen, — einhalb stoßt sie an den gemeynen wege, anderhalb stoßt sie an Hansen Seckleren ꝛc. — mein ist, jedoch genant N hat sie inngehalten und besessen, inhalt sie und besitzt, die nutzung die darauß kommen seynd, hat er genossen und geneußt sie noch in dieser zeit, und widert sich der wiesen mit der nutzung davon eingenommen wider geben. Bit ich euch die sachen erfaren, souil und genug ist und ꝛc. erkennen, das die genannte wisen mein gewesen sey und noch mein sey und das sie der genante N unbillichen gehalten hab un noch innhalt, das er schuldig sey mir die genanten wisen mit der nutzung damit empfangen wider zuogebene, zwingt jn darzuo mit zimlichen peenen.“ (Der richterlich Klagspiegel ꝛc. durch Doktorem Sebastianum Brandt wider durchgesichtiget ꝛc. In der Mainzer Ausgabe von 1534. fol. 47).

Aus dem Layenspiegel des Ulrich Tengler gehören folgende Stellen hierher:

„Umb aygenschafft der güter zuo clagen. Wer jemant beclagen wil um aygenschafft einichs guots, so gebürt sich, daz er desselben guots gerechtigkeit haben, der ain Herr zuo seyn und das der antwurter daz selb guot innhab, zu dem besitz vorhalt oder auffs minst dasselb zuo besitzen gevärlich

zuo verlassen hab.... So soll die clag dermassen formiert zuo vorderst zweierley in sich begreiffen. Nämlich die narration, der sach bemeldung und ain beschließlich begern. Aber im ersten Tail, das ist die bemeldung oder narration sol begriffen sein der richter, clager, antwurter, die ursach der clag und daz guot, darum man klagt..... (Straßburger Ausgabe von 1532. Fol. 77).

Daß unter der „Narration" nicht eine Angabe sämmtlicher des klägerische begründenden Thatsachen zu verstehen ist, ergiebt die gleichfolgende

„Forma berürter clag umb güter. Herr Richter vor euch klagt N in der besten Form als es von gewohnheit und rechtswegen sein sol, wider N und sagt, wie derselb N ain acker bey ꝛc. gelegen, der jm N cläger mit seyner eygenschafft und zuobehörungen auß erblichen oder andern ware rechtlichen ursachen zuostendig gewesen und noch zuohörig, davon es jährlich bei N nutzungen oder frucht haben möcht, wider seinen willen, so vil zeyt vorgehalten, und noch unbillich innhab, wöll jm auch denselben acker noch nit volgen lassen. Hierumm begert er in der besten form, jr wollet mit entlicher urteil erkennen und erklären, daz jm derselb acker von rechtswegen zuogehörig gewesen unn noch sein aigen."

Die Substantiirung erfolgte vielmehr auch hier erst nach der l. c. und nach abgeleistetem Calumnieneide durch die Positionen.[24])

---

24) „Von antworten und verfahung rechtens. Nachdem aber die einreden unnd exception geendet oder etwa gar vermitten, so werden die partheyen zuom rechten verfangenn, das man zuo Latin heyßt, Litem contestiert, also das der geladene unnd beclagte schuldig ist, zuo verantwurten die clag mit jahen (d. h. einräumen, bejahen) oder laugen. Das mag in manigerley form, nach gestalt und wesen der clag beschehenn oder mit underschid, als ab der nachfolgenden Form erlernt würt.

Forma des beclagten antwurt. Herr Richter, vor euch erscheint N und sagt auff N clag, daz er derselben nit gestendig, wie sie für gewendt, sei in hoffnung das sie zuo recht genuog nimmer mög bewiesen, begerend in der besten Form jn davon zu absolviren und den clager in kost und schäden zuo condenmieren, mit vorbehalt alles das gewohnheit und recht sei.

Dasselbe Verfahren haben die Ordnungen, welche für das Reichskammergericht ergangen sind, adoptirt und nur zum Theil modificirt. In diesen Ordnungen tritt das Bestreben hervor, die einzelnen Handlungen auf bestimmte Stadien zu vertheilen und das Verfahren dadurch zu concentriren, daß alle in einem bestimmten Stadium vorzubringenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel auf einmal geltend gemacht werden müssen, aber vorerst wird nach dem Vorgange der Italiener die Scheidung des Prozeßganges in zwei Hauptabschnitte, nämlich den Abschnitt vor und den Abschnitt nach der Litiscontestation festgehalten, so daß in dem letzteren dieselben Verhandlungen wie im römischen Prozeß, also namentlich Behauptungen und Beweis vermischt neben einander vorkommen.[25])

Schon die älteste hierher gehörige reichsgerichtliche Bestimmung zeigt die gedachte Tendenz. Der R. A. zu Augsburg von 1500 (Ratifikation der Artikel des Kammergerichtes zu

---

Vom Eid der Calumnia. Wenn die partheien mit clag und antwurt in rechten verfangen unn Litem contestiert haben, so mag man sie alsbald für geuärd, Juramentum calumniä schwören lassen, und wo derselbe eyd gleich etwo im anfang underlassen, so mag er zuo jeden zeiten im rechten erfordert und volfürt werden. Von ersten der clager unnd darnach der antwurter.....

Von Position. Wenn der beclagte im rechten die clag verweigert, so würt dem clager seins schlechten fürgeben nit glaubt, er weise dann alles das in der clag begriffen, deßgleich würt dem antwurter seiner gegenwoer und exception an beweisung nit glaubt. Dieweil aber die beweisung in manigerley gestalt beschehen unnd die bekanntnus am meisten würkung haben, so pfligt man im rechten die clag in Position und artickel zuo teylen, die clager und antwurter bei jren eyden Calumnia setzen unnd verantwurten, damit man nicht in vergeben, beweisung gefürt, und werdent auff nachvolgend meynung fürgewendt.

Forma der Position. Herr Richter, vor euch ꝛc. sagt N bei seinem geschwornen Eyd wider N in der clag und sach zwischen jn im rechten stehend, so er in partikel teylt, wer sein begeren, das der widerteyl auff jr yeden lauter und clar, an alles zuolegen bei seinem eyd antwurt, was er geständig oder bekanntlich sei, glaub oder nit glaub. Von ersten sei war und offenbar ꝛc." (vgl. die angeführte Ausgabe fol. 91, 92).

25) Planck, Beweisurtheil. S. 176 ff.

Lindau und Freyburg) Tit. 13. §. 1 ff.[26]) bestimmt über das Verfahren Folgendes:

„§. 1. Anfänglich soll der Kläger auff den ersten Rechts-Tag in der Ladung bestimbt, die außgegangene Ladung mit ihrer Verkündung und sein Klag in Schrifften.... einlegen. Darnach soll der Antworter, so ferr nicht wolt oder hätt Dilatorias fürzubringen, auff den nächsten Gerichts-Tag darnach, so ihn die Ordnung betreffen wird, der Klag zu antworten und den Krieg zu befestigen und Litem zu contestiren Ziel gegeben werden.

§. 2. Item, und so der Krieg also von beiden Theilen befestigt und das durch die Partheyen oder ihr eine begehrt wird, soll alsbald beiderseits iuramentum calumniae geschworen werden.

§. 3. Item und so der Antworter die Klag verneint, soll dem Kläger fürter sein Artikel und Capitel bei solchem Jurament calumniae einzubringen auffs nächste Gericht Ziel gegeben werden. Doch ob der Kläger sein Libell, so fern es ein articulirt wäre, alsbald ohne weitere Dilation repetiren wollt, soll er das zu thun, Macht haben.

§. 4. Darnach soll der Antworter auff solche eingebrachte Artikel, auch bei seinem Eyd Calumniae zu antworten auffs nächste Gericht Ziel haben oder aber alsbald nach Empfahung der Artikel zu antworten zugelassen werden.

§. 5. Darnach soll dem Kläger eine Zeit, nach Ermessung eines Gerichts, sein Artikel, soviel der verneint worden wären, zu beweisen bestimbt und nach Verrückung derselben Zeit, durch den Kläger, sobald ihn die Ordnung treffen wird, die Sag und Kundschafft der Gezeugen, ob die geführt worden wären, Oeffnung und dem Widertheil, ob er wollte, wider dieselben oder alle andere Kundschaft, so eingelegt worden wären, zu reden Ziel zu bestimmen, im Gericht angeruffen und gebeten werden."

26) Koch, Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, Th. II. S. 75.

In Bezug auf die Geltendmachung der peremtorischen Einreden bestimmt der folgende Titel, daß diese sämmtlich gleichzeitig und in ein und demselben Termine[27]) nach der Litiscontestation und zwar artikulirt geltend gemacht werden und nach vorgängiger Antwort des Gegners darauf mit dem Beweise ebenso wie in dem Tit. 13 verordnet, vorgegangen werden soll.

Im wesentlichen haben wir hier dasselbe Verfahren, wie es uns in den italienischen ordines iudiciarii des Mittelalters begegnet. Die Substantiirung der Klage erfolgt auch hier nach der Litiskontestation. Allerdings wird die Bezeichnung: „Positionen" nicht gebraucht, daß aber die im Reichsgesetze erwähnten Artikel mit ersteren identisch sind und dieselbe Funktion der Substantiirung der Klage haben, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel.

Schon die Italiener erklären zum Theil positiones und articuli für gleichbedeutend[28]), während andere den Ausdruck positio für die Sätze, über welche der Beklagte gefragt wird, articulus dagegen für den Satz oder die Position, sofern darüber ein Beweisverfahren eröffnet wird, gebrauchen.[29]) In Deutschland ist, wie aus dem angeführten R. A. sich ergibt, die Bezeichnung Artikel die gebräuchlichere geworden, wiewohl man in der Theorie den schon bei den Italienern sich

---

27) In dieser Beziehung geht die Bestimmung über den romanischen Prozeß hinaus. Hier kann der Richter nach c. 4 X. de except II. 25. einen Termin für die gleichzeitige Geltendmachung der dilatoriae ansetzen, nach der erweiterten Annahme der Doctrin (vgl. z. B. Innocentii IV. comm. ad. c. cit. ed, Francofurti 1579. Fol. 291. Durant. lib. II. p. 1. de except. § 3. Nr. 4. ed. cit p. 163) auch für die peremtorischen Einreden.

28) So Otho (oder Odo) Senonensis, summa de interdictis, tit de positionibus: „ea quae vocantur positiones in curia ecclesiastica, vocantur articuli in curia seculari."

29) Baldus ad l. 5. D. de interrog.: „positio fit ad interrogandum, articulus ad probandum, unde per se positio est, quae sic instituatur: pono sic; articulus, qui sic instituatur: intendo probare sic. Quandocumque coniunguntur, ut cum dico: pono et probare intendo." Vgl. Zimmermann, a. a. O. S. 167.

findenden Unterschied festhielt.[30]) Hiernach bedürfte es kaum eines Beweises dafür, daß die Artikel dieselbe Funktion im reichskammergerichtlichen Verfahren erfüllen, wie die Positionen in der italienischen Praxis, es mag aber gestattet sein, hier auf ein interessantes Dokument, welches meine Auffassung völlig bestätigt, nämlich das „gründliche Bedenken von articulirten Klag-Libellen, so beym Reichs-Tage zu Regenspurg durch einen fürnehmen Fürstlichen Gesandten aufgesetzt und im Nahmen derer zum Justiz-Wesen Herren Deputatoren übergeben worden, de an. 1653,"[31]) hinzuweisen.

---

30) Vgl. z. B. Andr. Gaill, practic. observatt. lib. I. obs. 79 (opp. Col. Agripp 1771. p. 89): „Etsi doctores inter positiones et articulos differentiam constituunt, quod positiones ad eam potissimum effectum fiant, ut per confessionem, puta responsionem partis adversae ponens ab onere probandi relevetur...., articuli vero eo spectent, ut negata testibus vel instrumentis probentur et ideo positiones praecedere, articulos autem sequi debere, tamen ea differentia in praxi, maxime in camera tam accurate non observatur, sed libellus articulatus, facta litis contestatione et praestito iuramento calumniae loco positionum et articulorum exhibetur. Ferner Jacob Ayrer, Historischer Prozessus juris &c. Cap. IV. obs. 7. (Ausgabe Frankfurt a. M. 1656, S. 120): „Libellus articulatus est scriptura concepta et designatà certis articulis, assertionem et intentionem ponentis complectentibus, ad quam adversarius veritatis eliciendae causa respondere tenetur. Sane Doctores inter Positionem et Articulem eam differentiam constituunt, ut Articulus sit pars assertionis quam quis probare intendit. Positio vero sit ad quam ponens adversarium suum respondere petit, ut ponens ab onere probandi relevetur. Sed certe differentia haec ratione magis quam re percipitur et si effectum spectes, tam positio quam articulus simul concidunt," unde etiam in praxi atque in illustri iudicio Camerali promiscue sumitur."

31) Abgedruckt bei Lünig, Europäische Staats-Consilia. Leipzig 1715. Th. II. S. 545. Der Verfasser gibt folgende, das Wesen der Artikel ins Licht setzende Gründe für ihre Beibehaltung an: 1) „Daß per modum articulorum das ius et factum viel deutlicher, als durch eine simplicem narrationem vorgestellt und ein jeder Umstand des facti (als in welchem Cardo totius negotii beruhet) klarer per singulos articulos als continuatam narrationem beschrieben werden könne. 2) Daß der Prozeß dadurch zwar etwas verlängert, jedoch die dazu erforderte Zeit und Kosten desto reichlicher ersetzet werden, weil die Sache desto gründ-

Eine für die hier in Rede stehende Frage wichtige Abweichung zeigt der R. A. Er setzt nämlich voraus, daß der Libell von vornherein in Artikel aufgelöst und so eingereicht werden kann, d. h. Kläger kann, wenn er will, statt des bloß allgemeinen Libells einen die Positionen gleich enthaltenden Libell einreichen und es ergibt sich aus dem Vorstehenden, daß der s. g. artikulirte Libell aus der Hineinziehung der Positionen in den früheren Libell entstanden ist. Damit erreichte man den Vortheil, daß man sich später nach der l. c. die Mühe sparte auf Grund des Libells erst die Artikel anfertigen zu müssen und daß der Beklagte gleich von Anfang an näher mit den Einzelnheiten des Streites bekannt gemacht wurde. Dem

licher und genauer ausgeführt, erwogen und aller Injustiz cuius mater est festinatio vorgebauet werde. 3) In specie aber in Ausführung des Beweises (damit kein Theil darum über die Gebühr beschwert, oder man im Beweisthume nicht lange aufgehalten werde) die Erfindung der Wahrheit und also Beschleunigung einiger rechtmäßigen Urtheil hanget, so wäre der modus articulandi zu dem Ende eingeführt, daß der Kläger die darin enthaltene narrationes facti, vermittelst des Eides dandorum ediren und herausstellen und also nichts falsches oder wider sein Gewissen laufendes articuliren: der Beklagte aber, vermittelst des Eydes repondendorum auf jeden Artikel klar und deutlich antworten müßte. Was nun also von dem Reo oder Beklagten in seinem responsionibus gestanden wird, darum hätte es keines weitern Beweises vonnöthen und würde also der Actor dadurch des langwierigen kostbaren Beweises enthoben. Wenn sich aber aus des Beklagten Responsionibus befinden würde, daß entweder alle oder etliche Articuli eines Beweises vonnöthen hätten, so könnten abermal, zu Gewinnung der Zeit, an Statt sonst aufzusetzender und iudicialiter einzureichender Positional- oder Probatorial-Artikel, die Articuli libelli repetiret und darauf die probatio angetreten werden." Unter den Nachtheilen wird u. a. Folgendes aufgezählt: „So ist dennoch unverneinlich, daß durch den bisherigen Modum articulandi, wie derselbe in praxi hergebracht und observiret ist, das Faktum an sich selbst oftmals zerrissen und durch die Articulos mit vielen weitläuftigen unnöthigen, zu Beförderung der Sache zwar nicht, sondern vielmehr zu deren Implicirung und Aufhaltung dienenden Umständen beschrieben und dadurch ganz involviret, obscurirt und in die Länge gezogen..... Es erstrecket sich dannenhero ein solcher Libellus offtermahls auf etzlich 100 zu geschweigen mehr Artikel und obruiret dannenher animum iudicis dergestalt, daß der beste Nutze, so aus Ablaß- und Ponderirung eines solchen Libelli entstehet, ein großes schädliches Taedium seyn muß."

so aus den Positionen entstandenen Libell setzte man die ältere Art den Libell abzufassen unter Bezeichnung libellus summarius in der Reichsgesetzgebung und in der Doctrin entgegen. Von einer Verlegung des Positions- oder Artikel-Verfahrens vor die Litiscontestation ist aber noch nicht die Rede; mit der Litiskontestation in ihrer früheren, den Prozeß in 2 Hauptabschnitte theilenden Bedeutung wird auch die Stellung des Positionsverfahrens hinter derselben beibehalten und daher muß der Kläger, wenn er auch von vornherein einen artikulirten Libell eingereicht hat, die Artikel nach der Litiskontestation wiederholen, erst dann ist der Beklagte zur Antwort auf die einzelnen Artikel verbunden, und ferner hat der Kläger immer noch bis zu dem gedachten Zeitpunkt die Befugniß, zur Ergänzung des artikulirten Libells Artikel (s. g. Additional-Artikel) einzureichen.[32])

---

32) K. G. O. zu Regensburg v. 1508, Tit. 1. § 5. (a. a. O. Th. II. S. 124): „Item: So Befestigung des Kriegs geschieht in selbem Termin, auff Begehr eines oder beyde Partheyen, soll der Eyd für Gefährde geschehen und wird keine andere neue Dilation oder Schub gegeben und ist der dritte Substantial-Termin zu schwören den Eyd für Gefährde und der Klag zu antworten... Item, wenn das Libell einmahl durch die Klag begriffen ist, so mag der Kläger seine Articulos leichtlich machen und formiren, und also den dritten Termin zu articuliren halten, dann die Artikel und Positiones sollen auß Gliedern deß Libells und auß Inhaltung in denselben oder dazu gehörig gemacht werden: Spec. in tit. de position. §. 5. vers. et nota quod positiones.“ (Aus dieser Stelle folgt nicht etwa, daß der Libell selbst schon in unserem heutigen Sinne substantirt war, denn die Worte: „auß Gliedern deß Libells rc.“ sind nichts weiter als eine Uebertragung der citirten Stelle des **Durant.** ed. cit. p. 282: „Et not. quod positiones debent fieri super contentis in libello vel ad ea pertinentibus vel pertinere valentibus ex parte actoris, quoad fundandam eius actionem.“ Ebenso sagt auch **Mynsinger**, observ. imper. cam. Cent. V. obs. 88 (ed Helmstadt 1599. p. 432): „Formandi articuli sunt ex substantia et opere ipsius libelli.“ Vgl. auch **Gaill** l. c. obs. 81 Nr. 5. **Ayrer**, a. a. O. Nr. 5.) § 7. (a. a. O.) „Item: der Kläger mag auch im Anfang geben ein articulirte Klag oder Libell machen und in dem Termin zu articuliren, dasselbig an statt der Artikel repetiren und erholen.“ Vgl. ferner K. G. O. zu Nürnburg von 1523. Tit. 3. § 3 ff.; K. G. O. von 1555. Tit. 13. §. 5: „Darauff in beyden Fällen, als nemlich, da der Kläger seine articulirte Klage, anstatt

Eine theilweise Modifikation ist durch den R. A. zu Speier von 1570 herbeigeführt worden. Die §§ 88 bis 90 desselben (vgl. a. a. O. Th. III. S. 299) bestimmen:

„Wiewol..... einem jedem Kläger oder Appellanten seine Klag summari oder articulirt hinzubringen freystehet, sintemal aber von Churfürsten, Fürsten und Ständen.... aus anderen erwogenen Ursachen, für gut angesehen, daß zu mehrer Schleunigkeit der rechtlichen Prozessen einem jeden, so seine Klag articuls weiß, auch darzuthun fürhabens, keine summari, sondern alsbald articulirt einzugeben schuldig seyn soll, haben wir uns mit ihnen ferners verglichen und wollen und statuiren hiemit, daß nunmehr in allen Sachen simplicis querelae oder appellationum, ein jeder Kläger oder Appellant, so seine Klagpunkten oder Gravamina zu articuliren bedacht, keine summari Klage, sondern zugleich articulirter weiß stellen und in Primo termino eingeben soll oder aber es soll ihm der Weg dazu articuliren darnach praecludirt seyn.

§. 89. Demnach sollen auch die gewöhnlichen Termine sowohl erster als ander Instantzen etwas geändert und eingezogen werden, als nämlich, da der Kläger seine articulirte Klag einbracht, soll Beklagter im zweiten Termin seine declinatorias oder andere exceptiones dadurch das Recht differirt oder die Kriegs-Bevestigung verhindert werden soll, zu produciren, daneben in scriptis litem eventualiter, oder aber da dergleichen Einreden, keine bevor, litem pure zu contestiren, auch zugleich seine Außzüg mit angehefften Antworten in eventum auf die Articul und dann sein Peremptorial oder Defensional-Articul, da er einige hätt, einzubringen schuldig seyn.

---

der Artikul repetirt, dem Beklagten zu antworten oder so die Klag nicht artikulirt, dem Kläger zu artikuliren auff nächsten Termin zuzulassen sein soll." Tit. 14. §. 1: „Im Fall aber, so der Kläger sein Klag nicht Artikuls-Weiß fürbracht oder sonst solch artikulirte Klag, additionales articulos einzubringen hätt, soll er solches in ordinariis in der zwölfften, aber in extraordinariis in der sechsten Audienz nach gethaner Kriegs-Befestigung zu thun schuldig seyn."

§. 90. Da aber kein articulirte, sondern nur ein summari Klag einkommen, soll Beklagter im selben zweyten Termin, neben seinen declinatori oder andern dilatori Einreden, auch in eventum das Recht in scriptis zu befestigen, darzu seine gegenwehrliche Articuln, wie nechst auch vermelt, zu produciren verbunden seyn: darauf dann ferners und samtlich, vermög der Ordnung, verfahren werden mag."

Es wird hierdurch das Verfahren insofern zusammengezogen, als jetzt der Beklagte neben den dilatorischen Einreden eventuell litem contestiren und seine peremtorischen Exceptionen, auch für den Fall, daß ein artikulirter Libell eingereicht ist, seine Antworten auf die Artikel abgeben muß. Eine unbedingte Nothwendigkeit ist der articulirte Libell aber nicht geworden, er wird nur insofern begünstigt, als für den Fall, daß Kläger einen libellus summarius einreicht, ihm der Weg zu articuliren abgeschnitten sein soll.

Die Substantiirung des geltend gemachten Anspruches, also auch die Angabe des Erwerbsgrundes hat mithin immer noch ihre Stelle nach der l. c., wie früher, wenngleich dieselbe jetzt schon im Libell der Regel nach vorkommen soll, so muß doch der ganze Inhalt des Libells nach der l. c. wiederholt werden, denn die l. c. ist immer noch die generelle Erklärung des Beklagten, es auf den Streit ankommen lassen zu wollen.

Wie verhält es sich aber mit der Vorschrift des gedachten R. A., daß wenn der Kläger einen Summari-Libell eingereicht hat, ihm der Weg zu artikuliren abgeschnitten sein soll? Ein solcher Libell enthält keine genaue Angaben der rechtsbegründenden Thatsachen und wenn das gedachte Gesetz dem Kläger für diesen Fall das Articuliren verbietet, so möchte es scheinen, als ob hierdurch meine Annahme, daß die Artikel im Reichsgerichtsprozeß die Funktion der Substantiirung des Anspruches gehabt, widerlegt würde, denn ohne eine solche ist eine Verhandlung und ein Beweis nicht möglich, und nach der ersten flüchtigen Betrachtung scheint das Reichsgesetz die Artikel für den vorhin gedachten Fall beseitigt zu haben.

In der That aber liegt, wenn ein Summari-Libell eingereicht ist, die Sache nun so wie vor dem Aufkommen des

Positionsverfahrens. Einen besonderen Abschnitt hatte das Beweisverfahren damals noch nicht [33]), und da nach der Schlußbestimmung des § 90 gemäß der K. G. O. von 1555 weiter verfahren werden soll, so muß nun Kläger, wenn durch die generelle Litiskontestation sein Anspruch verneint ist, die einzelnen Thatsachen, welche denselben begründen, beweisen und also ihn auch damit näher durch die so sich nothwendig ergebende Angabe der Thatsachen substantiiren. [34]) Der Nachtheil, welchen die Einreichung des Summari-Libells hat, liegt für den Kläger erstens darin, daß der Beklagte hier nicht bei der l. c. eventualiter auf die Artikel zu antworten braucht und kann, und zweitens der Kläger den Beklagten behufs Erlangung von Geständnissen nicht über die Artikel befragen lassen darf, vielmehr nun über alle einzelnen Behauptungen den Beweis antreten muß. Die weitere Abänderung der §§. 59—64 des R. A. v. 1594 (a. a. O. Th. 3. S. 431) [35]) interessirt hier nicht, vielmehr sind für die hier in Rede stehende Frage erst die Bestimmungen des J. R. A. von 1654 von Wichtigkeit.

Die §§. 34, 37 desselben haben die frühere als leere Formalität bis dahin festgehaltene ausdrückliche Litiskontestation beseitigt, zugleich den artikulirten Libell verboten, statt dessen aber eine deutliche und klare Angabe des Facti in der Klage und seitens des Beklagten eine ausdrückliche Erklärung auf die einzelnen in der Klage behaupteten Thatsachen gefordert. [36])

---

33) Planck, a. a. O. S. 179.

34) Die Annahme von Planck, a. a. O. S. 182, Note 33: „diese Verpflichtung (nämlich auf die Klagartikel zu antworten) fällt weg, wenn die Klage nicht artikulirt, sondern summarisch ist. Alsdann folgte nämlich die Articulirung der Klage und die Antwort darauf erst in einem späteren Termin" steht mit dem Schluß des § 88 in Widerspruch.

35) Vergl. darüber Planck, a. a. O. S. 182.

36) §. 34..... fürs erste, solle der bißher in mehr Weg mißbrauchte Modus zu articuliren und ad articulos zu respondiren, samt allen denen bißhero nach sich gezogenen Terminen und Anhängen, dabey und darüber auch beflissentlich vorgangenen, unnöthigen Disputationen und Uffzüglichkeiten (nur allein die Probatorialen, da die Parteyen wollen, und wenn es die Nothdürffte erfordert, wie auch die Responsiones und Antworten auf dieselbe ausgenommen) hinfüro gänzlich cassirt und aufgehoben, und

Dadurch ist die Funktion des Positions- oder Artikel-Verfahrens in den Anfang gerückt, der nach den Bestimmungen der §§. 34, 37 einzureichende Libell soll zwar äußerlich nicht mehr in Artikel aufgelöst sein, er soll aber in sich dasjenige in fortlaufender Erzählung erhalten, was früher in den Positionen oder den Artikeln niedergelegt war. Wenn also in diesen alle den Anspruch begründeten Thatsachen enthalten, wenn namentlich bei einer dinglichen Klage der Erwerbsgrund des dinglichen Rechtes in ihnen angegeben sein mußte, so muß der Klaglibell alle diese Thatsachen enthalten, weil er jetzt den Zweck des früheren Positionsverfahrens mit zu erfüllen hat.

Konsequent mit dieser Veränderung war es daher, wenn der J. R. A., welcher ebenfalls noch kein auf einen fest bestimmten Abschnitt des Prozeßes beschränktes Beweisverfahren kennt, die Tendenz zeigt, die gleichzeitige Instruktion der Beweise mit der der Behauptungen zu begünstigen.[37]) Die Funktionen, welche der Klaglibell nach dem J. R. A. zu erfüllen hat, sind ihm bis auf den heutigen Tag geblieben und mit Rücksicht auf die dargestellte Entwicklung muß also die in der Ueberschrift aufgestellte Frage bejaht werden.

Abgesehen davon, kommt aber ferner noch die veränderte Stellung des Beweisverfahrens in unserm heutigen Prozeß in Betracht. Angabe der zur Substantiirung nöthigen Thatsachen und Beweis derselben fielen im römischen Verfahren wohl

hingegen in Sachen simplicis querelae ein jeder Kläger vor Gericht mit seiner Nothdurft bereit erscheinen und bei Ausziehung der Prozeß und Ladung seine Klag oder Libell nicht Articuls, sondern allein Summarischer Weiß, darinnen das Faktum kurz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar ... ausgeführt sein ꝛc. §. 37 ... „soll der ... Beklagte ebenmäßig in primo hoc termino erscheinen und (weil er sich aus der Ladung und beygefügtem Libello, auch einverleibtem Gehalt der Action, auf die Sach unter währendem Erscheinungstermin genügsam bedenken .... können), in diesem Termin auf die Klagen mit hinfüriger Verwerff- und Abschneidung des Wegs der Peremptorialien, Elisio, Additional und anderwaserley Articulen, nur allein die Probatorialien ausgenommen, kurtz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich klar, ob und worin das Faktum anderst als vom Kläger vorbracht und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkten, mit allen seinen Umständen anzeigen ꝛc."

37) § 35. J. R. A. Vgl. auch Planck, S. 180.

zusammen, ebensowenig haben das kanonische Recht, noch die Ordnungen des Reichskammergerichtes beides scharf gesondert. Nachdem in Folge der Reception sächsischer Rechtsanschauungen das Beweisurtheil und damit die dem früheren Verfahren fremde Sonderung des Prozesses in einen ersten, der Erörterung der thatsächlichen Streitpunkte gewidmeten Abschnitt und einen zweiten das Beweisverfahren von der Beweisantretung an umfassenden Abschnitt in den gemeinen Prozeß Aufnahme gefunden,[38]) hat die Partei schon im ersten Verfahren das von ihr behauptete Prozeßrecht, der Kläger also seinen Anspruch schon in der Klagschrift auf seine thatsächlichen Grundlagen zurückzuführen, mithin muß bei den dinglichen Klagen auch seitens des Klägers der Erwerbsgrund angegeben werden, da die thatsächliche Begründung im Beweisverfahren nach der Struktur des heutigen Prozesses keinen Platz hat. Denn, wie Planck a. a. O. S. 180 treffend bemerkt, ist es der wesentliche Charakter eines abgesonderten Beweisverfahrens, daß alle Beweise über alle Behauptungen erst dann begonnen werden, wenn das Verfahren über die letzteren durch ein abschließendes Urtheil beendigt worden ist.

Zum Schlusse noch folgende Bemerkung. Die Art, wie ich die herrschende Lehre in der in der Ueberschrift angegebenen Frage zu begründen versucht habe, stimmt im wesentlichen mit dem schon von Planck a. a. O. S. 257 ff. kurz angedeuteten Wege überein, nur in Bezug auf die zu ziehenden Konsequenzen kann ich ihm nicht überall beitreten. S. 260 wirft er die Frage auf, wie es bei solchen Klagerechten sich verhalte, die sich auf eine thatsächliche Grundlage stützen, bei denen aber die letztere wieder Rechtsverhältnisse von umfassender Bedeutung in sich begreift, z. B. bei der actio confessoria, wo nicht blos die für die Entstehung der Servitut relevanten Thatsachen, sondern auch der Umstand, daß der Kläger Eigenthümer des herrschenden Grundstückes sei, mit zur Begründung des Rechtes gehört. Planck geht hier von der Anschauung aus, die Partei brauche ihre Behauptungen nicht so weit zu zergliedern, als sie könne, also nicht soweit, daß sie die Operation des Behauptens im ersten Abschnitte gänzlich beendige und im zweiten

38) Planck, a. a. O. S. 206 ff.

nicht wieder darauf zurückkomme, sondern es sei nur nöthig, daß sie die Zergliederung soweit fortführe, daß der Richter im Stande sei, mit einiger Sicherheit zu erkennen, ob ihre Behauptung vorhandener Prozeßrechte einen realen Inhalt habe, sich auf ein im Leben wirklich existirendes Rechtsverhältniß stütze. Diese Gränze soll nach der weiteren Ausführung von Planck dann erreicht werden, wenn die Partei auch nur neben den Thatsachen, welche den eigentlichen Klagegrund ausmachen, die Existenz der Rechtsverhältnisse, welche nebenbei als s. g. Sachlegitimation dazu gehören, nur behaupte, ohne sie weiter zu zergliedern.

Konsequent ist die Ansicht nicht; nimmt man wie Planck an, daß die Partei schon im ersten Verfahren das von ihr behauptete Prozeßrecht auf dessen thatsächliche Grundlagen zurückführen muß, so muß man auch folgeweise verlangen, daß sie die Rechtsverhältnisse, welche die Voraussetzung des Klagerechtes bilden, in die einzelnen Thatsachen zergliedert, denn diese letzteren bilden ja mit die Bedingung ihres Rechtes, abgesehen davon, daß sich in der Praxis die Gränze für die aufgestellte Unterscheidung schwer wird ziehen lassen. Planck verhehlt sich selbst nicht, daß, wenn der Beklagte die Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses, z. B. das Eigenthum des Klägers an dem herrschenden Grundstück, bestreitet, diese Zergliederung in dem Beweisverfahren nachgeholt werden muß. Es ist indessen nicht abzusehen, warum der Kläger, welcher die Herausgabe des Grundstücks verlangt, die das Eigenthum begründenden Thatsachen in der Klagschrift angeben muß, derjenige, der eine dem Grundstück zustehende Servitut behauptet, aber diese Thatsachen erst im Beweisverfahren anzuführen braucht. Das Beweisverfahren hat es nur mit der Erörterung der unter den Parteien nach völliger Darstellung des thatsächlichen Sachverhaltes noch streitig gebliebenen Thatsachen zu thun, und darum kann die behauptete Ausnahme nicht für begründet erachtet werden. Allerdings meint Planck, die Operation des Behauptens brauche im ersten Abschnitt des Verfahrens nicht vollständig absolvirt zu werden, denn „bei jedem andern künstlichen" Beweise falle ein Theil der Operation des Behauptens in das Beweisverfahren. Zunächst würde aber der Beweis des behaupteten Rechtsverhält-

nisses, also z. B. des Eigenthums am herrschenden Grundstück, durch Zergliederung in die begründenden Thatsachen und den Beweis der letzteren gar kein künstlicher Beweis sein. Ferner paßt auch die von letzterem hergenommene Analogie nicht. Die thatsächlichen Behauptungen, welche zur Herstellung eines künstlichen Beweises im Beweisverfahren geltend gemacht werden, erfüllen einen andern Zweck, als die zur Substantiirung der Klage erforderlichen: erstere sollen bewiesen werden, um von ihnen einen Schluß auf die eigentlich relevante und zu beweisende Thatsache zu ermöglichen, und weil sie also lediglich Bedeutung für den Beweis, aber keine direkte Beziehung auf das vom Kläger beanspruchte Recht haben, darum gehört ihre Geltendmachung in das Beweisverfahren, und es liegt deßhalb kein Grund für die gedachte Ausnahme vor.

Nur vom praktischen Standpunkt aus könnte man das Bedenken erregen, ob man in einem solchen Fall nicht zu viel vom Kläger verlangt, da es ja möglich sei, daß der Beklagte das betreffende Verhältniß, z. B. das Eigenthum am herrschenden Grundstück, nicht bestreite, und es ist wohl dieser praktische Gesichtspunkt, welcher Planck bewogen hat, nicht die volle Konsequenz aus seinem Prinzip zu ziehen. Aber schon die eine Erwägung, daß durch das mögliche Hineinziehen der Zergliederung eines Rechtsverhältnisses in das Beweisverfahren und durch die Verhandlungen über die in dieser Beziehung behaupteten Thatsachen das Beweisverfahren sehr verwirrt werden kann, müßte selbst in dem Falle, wo der Kläger durch das hier vertheidigte Prinzip belästigt würde, von der Zulassung einer Ausnahme abhalten. Ferner wird der Kläger gezwungen, sich genaue Rechenschaft über seine Angriffsmittel zu geben und durch die hier vertretene strengere Ansicht also leichtfertiges Prozessiren verhütet. Sodann kommt weiter die Unmöglichkeit in Betracht, irgend welches feste Prinzip zu finden, wie weit die Zergliederung oder Substantiirung vorgenommen werden soll. Endlich werden praktisch in den wenigsten Fällen sich drückende Schwierigkeiten zeigen, denn in der Regel werden dem Kläger Auskunftsmittel zu Gebote stehen, die ihn einer weitläufigen Zergliederung überheben. Bleiben wir bei dem

Beispiel der confessoria, so wird da, wo eine Hypothekenbuchverfassung besteht, Kläger sich für das Eigenthum an dem herrschenden Grundstück lediglich auf den Inhalt des Grundbuches zu berufen brauchen; wo aber solche Einrichtungen nicht existiren, kann sich Kläger damit helfen, daß er blos den Usukapionsbesitz des herrschenden Grundstücks behauptet, weil er schon unter dieser Voraussetzung zur Anstellung der confessoria legitimirt ist. Hat Kläger ferner das Eigenthum der zu vindicirenden Sache auf Grund eines derivativen Titels erworben, so kann er den Nachweis, daß sein Vorgänger und die weiteren Auctoren dieses letzteren schon das Eigenthum gehabt, durch die Behauptung der Ersitzung umgehen.

Die Härte der von mir gezogenen Konsequenz ist also in der That nicht so groß, wie es auf den ersten Anblick erscheint, und es läßt sich daher auch vom praktischen Standpunkt aus die Unhaltbarkeit des gewonnenen Resultates nicht behaupten.

VI.

Bergrechtliche Fragen.

Von Anschütz.

I.

Ueber Eventualmuthungen an Bergwerken.

Der große Aufschwung, welchen die Entwicklung des deutschen Bergwesens in neuerer Zeit genommen hat, ist auch auf die Entwicklung und Fortbildung des Bergrechts nicht ohne Rückwirkung geblieben. Es zeigt sich dies einmal in der großen Bewegung, welche im Gebiete der Berggesetzgebung in den deutschen Staaten herrscht. In einzelnen Staaten ist eine vollständige Revision und Codification des Bergrechts erfolgt, so in Oesterreich, im Königreich Sachsen, im Großherzogthum Sachsen-Weimar, im Herzogthum Nassau, in Anhalt. In anderen Staaten sind Entwürfe zu neuen, umfassenden Berggesetzen in Vorbereitung, so in Preußen, Baiern, Baden, und unter